

Annexe 3 – Le « mandat »

L'acte officiel par lequel l'autorité publique désigne l'entreprise chargée de la gestion d'un SIEG

Les instances européennes ne reconnaissent l'existence d'un SIEG que si l'entreprise a été formellement chargée d'une mission particulière par l'autorité publique.

L'exigence jurisprudentielle d'un acte officiel confiant à une entreprise une mission de SIEG¹ a donné lieu à la définition de la notion de « mandat » développée par la Commission européenne à l'article 4 de la décision 2005/842/CE et au point 12 de l'encadrement 2005/C 297/04. La Commission a encore précisé cette notion de mandat et elle en fournit de nombreux exemples dans une communication du 20 novembre 2007. Il s'agit de son document de travail recensant les questions fréquemment posées sur le paquet « Monti-Kroes »² auquel il est recommandé de se reporter.

Il ressort de ces orientations que, pour l'application du paquet « Monti-Kroes », le mandat est nécessaire à la reconnaissance d'un SIEG, qu'il doit définir des obligations de service public, que la forme du mandat est librement choisie par la collectivité mais que certaines mentions sont obligatoires.

1. LE « MANDAT », CRITÈRE ESSENTIEL DE SIEG

Comme indiqué à l'annexe 1, l'une des conditions dégagées par la CJCE pour la définition d'un SIEG est que la mission économique d'intérêt général soit dévolue à une entreprise par un acte exprès et explicite de la puissance publique.

Par cet acte positif, la collectivité territoriale confie à une entreprise une mission à laquelle elle reconnaît un caractère d'intérêt général. C'est cet acte exprès qui permet au juge communautaire de vérifier l'absence d'erreur manifeste d'appréciation de la part de la collectivité publique sur le caractère d'intérêt général de la mission en cause.

Ainsi, si aucun acte exprès ne précise la nature de la mission d'intérêt général confiée à l'entreprise par la collectivité territoriale, cette mission ne peut être qualifiée de SIEG et, par conséquent, l'entreprise en cause ne peut bénéficier des dérogations aux règles communautaires de la concurrence prévues par le traité CE.

A noter que de tels actes peuvent conférer le droit exclusif ou spécial d'exercer l'activité d'intérêt général en cause. L'encadrement du 28 novembre 2005 impose néanmoins aux collectivités territoriales « *de fixer le cadre de critères et de conditions applicables à la prestation de services, indépendamment du statut du prestataire et de la question de savoir si le service est fourni sur la base d'une concurrence libre* ».

2. LE MANDAT DOIT DÉFINIR LES OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC CONFIEES A L'ENTREPRISE

Les missions d'intérêt général doivent être clairement décrites. Cette définition peut être large, sous réserve que son étendue soit précisée.

Au point 5.4. du document de travail précité, il est ainsi spécifié que « *le mandat doit définir la nature et la durée des obligations de service public, les entités auxquelles la prestation de ces services a été confiée, les paramètres de calcul de la compensation (et non pas le montant précis de la compensation à attribuer) ainsi que les sauvegardes pour éviter la surcompensation* ».

3. FORME ET OBJECTIF DU « MANDAT »

Selon la décision 2005/842/CE, le mandat repose sur un ou plusieurs actes officiels. La forme de ces actes est déterminée librement par l'autorité publique. L'essentiel est que le mandat confiant à l'entreprise une tâche spécifique apparaisse clairement dans un ou plusieurs actes ayant une valeur juridique contraignante.

¹ Revenant à son compte la jurisprudence de la CJCE dans l'affaire BRT/SABAM (C-127/73), la Commission ne reconnaît l'existence d'un SIEG que si l'entreprise a été formellement chargée d'une mission particulière par l'autorité publique

² Document de travail des services de la Commission, Questions fréquemment posées relatives au paquet « Monti-Kroes » SEC(2007) 1516 final du 20 novembre 2007, document accompagnant la communication COM (2007) 725 final sur les services d'intérêt général

En pratique, les collectivités territoriales pourront édicter des délibérations de portée générale, des arrêtés, des conventions de marché public, des convention de délégations de service public conformes aux articles L. 1411-1 et suivants du CGCT, des contrats, par exemple des contrats de partenariats (art. L. 1414-2 et suivants), etc.

La Commission précise toutefois³ qu'« un agrément accordé par une autorité publique à un prestataire de services, l'autorisant à fournir certains services, ne correspond pas à la notion de mandat car il ne crée pas une obligation pour l'opérateur de fournir les services concernés, mais il lui permet simplement d'exercer une activité économique en offrant certains services sur un marché ».

Dans son arrêt du 6 avril 2007⁴, *Commune d'Aix-en-Provence*, le Conseil d'Etat établit la liste des trois cas où des prestations de services sont confiées à un tiers. Des formes de « mandat » en découlent.

1. Le principe est le recours à un contrat⁵ stipulant les obligations de service public (OSP) confiées à l'entreprise. Le CE souligne que ne constituent pas une dispense de passer un contrat le fait que la collectivité ait créé ou contribué à créer l'opérateur auquel elle envisage de confier le service public ou encore qu'elle soit ou non membre de son conseil d'administration, associée ou simple actionnaire de l'entreprise. Il convient dans chaque cas de respecter les obligations de publicité et de mise en concurrence préalable.

2. Cette jurisprudence ajoute qu'un service public peut être géré par la collectivité elle-même ou par un organisme dédié mis en place par une ou plusieurs collectivités publiques qui exercent sur lui un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services.

3. Enfin, lorsque la personne publique reconnaît l'intérêt général attaché à l'activité d'une personne privée et y attache de l'importance, elle peut unilatéralement lui reconnaître un caractère de service public à condition d'exercer un droit de regard sur son organisation et de lui accorder des financements le cas échéant.

La Commission admet elle aussi que la mise en œuvre d'un SIEG puisse être d'initiative privée, sous réserve qu'il existe une décision de l'autorité publique approuvant la proposition faite par le prestataire de service. Cette décision doit alors comporter tous les éléments constitutifs du mandat. Il en va de même lorsque la collectivité a créé ou contribué à créer l'opérateur en charge du SIEG. Dans ces cas de figure, l'opérateur est le plus souvent bénéficiaire d'un droit exclusif ou spécial.

L'existence d'un « mandat » au sens communautaire est présumée dans le premier cas ci-dessus, celui du recours à un contrat ou à des conventions de délégation de service public et de marché de services. Néanmoins, sa conformité aux autres dispositions du paquet « Monti Kroes » devra être vérifiée.

4. MENTIONS OBLIGATOIRES

Plusieurs éléments doivent figurer obligatoirement dans les mandats. Ils sont listés à l'article 4 de la décision 2005/842/CE du 28 novembre 2005 :

- a. la nature et la durée des obligations de service public ;**
- b. les entreprises et les territoires concernés ;**
- c. la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuels octroyés à l'entreprise ;**
- d. les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation⁶ ;**
- e. les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces surcompensations.**

³ Document de travail précité, point 5.2.

⁴ Conseil d'Etat, Section du Contentieux, 4 avril 2007, *commune d'Aix-en-Provence*, 284736, Publié au Recueil Lebon

⁵ « Elles doivent en principe conclure avec un opérateur, quel que soit son statut juridique et alors même qu'elles l'auraient créé ou auraient contribué à sa création ou encore qu'elles en seraient membres, associés ou actionnaires, un contrat de délégation de service public ou, si la rémunération de leur cocontractant n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, un marché public de service ».

⁶ Cf. fiche « compensation », point 1.3.

Aujourd'hui, de nombreux actes officiels des collectivités territoriales confiant un SIEG à une entreprise ne contiennent pas toutes ces mentions. Leur absence crée les conditions d'un contentieux. Un effort de précision devra donc être demandé aux collectivités.

La Commission européenne souligne à cet égard que « *les conditions requises pour un mandat en matière d'aides d'Etat sont plutôt des conditions de base : cela n'exclut pas la possibilité d'ajouter d'avantage de détails dans le mandat* » sur les spécificités des missions et les exigences de qualité correspondantes. Les collectivités territoriales sont ainsi invitées à préciser autant que possible les missions assignées afin d'accroître « *le niveau de protection contre les plaintes (par exemple des concurrents) pour les compensations accordées* » (...), « *la qualité du SIEG, mais également la transparence vers les citoyens et les contribuables* ».